



Roj: SAP PO 830/2012
Id Cendoj: 36038370032012100155
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Pontevedra
Sección: 3
Nº de Recurso: 20/2012
Nº de Resolución: 148/2012
Procedimiento: CIVIL
Ponente: FRANCISCO JAVIER ROMERO COSTAS
Tipo de Resolución: Sentencia

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00148/2012

S E N T E N C I A Nº 148/2012

SEÑORES DEL TRIBUNAL

ILUSTRISIMOS SRES

PRESIDENTE

D. ANTONIO J. GUTIÉRREZ R.- MOLDES.

MAGISTRADOS

D. JAIME ESAIN MANRESA.

D. FRANCISCO JAVIER ROMERO COSTAS.

En la ciudad de PONTEVEDRA, a diecisiete de abril de dos mil doce.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 003, de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los Autos de MODIFICACION MEDIDAS DEFINITIVAS 0000443 /2010, procedentes del XDO. DE PRIMEIRA INSTANCIA N. 5 de PONTEVEDRA, a los que ha correspondido el **Rollo RECURSO DE APELACION-R(LECN) 000020 /2012**, en los que aparece como parte apelante, Rebeca , representado por el Procurador de los tribunales, Sra. ISABEL PARAMO FERNANDEZ, asistido por el Letrado D. ANTONIO-ALBERTO CALVAR CARBALLO-PEREZ DEL RIO, y como parte apelada, Prudencio , representado por el Procurador de los tribunales, Sr. JORGE IGNACIO FREIRE RODRIGUEZ, asistido por el Letrado D. ENRIQUE JESUS BESADA FERREIRO; el MINISTERIO FISCAL, sobre modificación de medidas definitivas, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. D. FRANCISCO JAVIER ROMERO COSTAS.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO .- Por el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Pontevedra, se dictó sentencia de fecha 29 de junio de 2011 , aclarada por auto de fecha 1 de septiembre de 2011, cuya parte dispositiva, dice: "FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por la representación de D. Prudencio contra D^a Rebeca y desestimando la reconvenición formulada por ésta, debo acordar y acuerdo haber lugar a la modificación de las medidas adoptadas en la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Pontevedra, modificada a su vez por la dictada en apelación por la Ilma Audiencia Provincial de Pontevedra de fecha 26 de febrero de 2009 en el sentido siguiente, manteniéndola en el resto: Se atribuye al demandante D. Prudencio , la custodia del hijo menor Rubén siendo la patria potestad compartida. Como régimen de visitas se establece que D^a Rebeca se relacionará con su hijo Rubén, como régimen mínimo y subsidiario al acuerdo de los progenitores en beneficio del menor, los fines de semana alternos desde las 20,30 del viernes hasta las 20.00 horas del domingo. La mitad de las vacaciones de Navidad, esto es, o desde el día en que den las vacaciones al menor en el Colegio a las 19.00 horas hasta el 30 de diciembre a las 20.00 horas del domingo. La mitad de las vacaciones de Navidad, esto es, o desde el día en que den las vacaciones al menor en el Colegio a las

19.00 horas hasta el 30 de diciembre a las 20.00 horas o desde el día 30 de diciembre a las 20.00 al siete de enero a las 20.00 horas. La mitad de las vacaciones de Semana Santa según el calendario escolar del menor. La mitad de las vacaciones de verano, esto es, o desde el día siguientes a aquél en que den vacaciones al menor en el Colegio a las 19.00 horas al 31 de Julio a las 21.00 horas. Los puentes escolares, de modo que si el día festivo es el viernes, el menor podrá estar con su padre desde el jueves anterior a las 19.00 horas hasta el domingo a las 20.00 horas y si es el lunes el día festivo, podrá estar en su compañía desde el viernes a las 19.00 horas al lunes a las 20.00 horas. Como contribución a los alimentos de Rubén deberá la madre satisfacer al padre la suma de 120 euros al mes, cantidad que será ingresada dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que el progenitor custodio designe y que será anualmente actualizada en función de las variaciones del IPC o índice que lo sustituya. Se extingue la pensión de alimentos a cargo del demandante y a favor de su hija Dolores que venía establecida. No se aprecian méritos bastantes para efectuar especial imposición de las costas procesales."

SEGUNDO .- Contra mencionada resolución interpuso la parte demandada el presente recurso de apelación que fue sustanciado en la instancia de conformidad con lo establecido en el art. 457 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil ; se elevaron los autos, correspondiendo a este Tribunal su resolución, dando lugar a la formación del presente rollo.

Solicitado por la representación de la parte recurrente el recibimiento a prueba en esta instancia por resolución de fecha 7 de febrero de 2012 se denegó dicha solicitud.

TERCERO .- En la tramitación del recurso se han observado y cumplido todas las prescripciones de carácter legal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Se impugna la resolución de la instancia por la representación de la ex-esposa, Sra. Rebeca , desarrollando a tal fin un profuso escrito de alegaciones donde interesa, en relación al hijo menor común Rubén, la revocación de la decisión de atribución de su guarda y custodia al padre y con ello el mantenimiento de la guarda en manos de la madre con la atribución a ambos de la vivienda **familiar** y el ajuar doméstico, la elevación de la pensión alimenticia a 200 # mensuales actualizables según el IPC y **la imposición al padre, Sr. Prudencio , de asistencia a sesiones de psicoterapia y mediación familiar como exigencia al ejercicio de su derecho de Visitas que pide se lleve a cabo a través de un punto de encuentro familiar;** y en relación a la hija mayor común Dolores , la revocación de lo acordado respectó de la misma, con declaración incluso de nulidad de actuaciones al no habersele dado intervención diferenciada a la misma nombrándosele abogado y procurador para su defensa en tanto en cuanto se demandaba la extinción de su pensión alimenticia, defendiendo en todo caso no haber lugar a su extinción. A todo ello se opone la contraparte actora-reconvenida en el traslado dado a la misma en su momento en la instancia, no deduciéndose alegaciones por parte del M. Fiscal.

SEGUNDO.- Cumple reseñar en primer lugar que se denuncia por la parte recurrente, en el último alegato de su impugnación, una pretendida dilación indebida en el trámite procesal del expediente en tanto en cuanto considera excesivo el tiempo que ha mediado entre la presentación de la demanda (Abril 2010) y la Sentencia de la instancia (29-VI-2011), refiriendo indefensión por ello. Carece de consistencia la alegación ante la necesidad de tiempo material de tramitación que impuso el trámite seguido y posicionamiento de las partes. En este sentido cabe recordar que nos encontramos además de con la habitual demanda con la interposición de Reconvencción, por la representación de la parte demandada y apelante, con la petición de pruebas que hacen preciso tiempo para su realización, como lo son Exhortos a otros órganos jurisdiccionales y Oficios a Administraciones Públicas, así como Informes de Servicios Sociales y del Equipo Psicosocial del IMELGA (interesado por el actor y el m. Fiscal) lo que impone un tiempo de estudio y confección haciendo precisa una nueva Vista, con Diligencias Finales (Auto 20-IV-2011) y consiguientes últimos trámites de conclusiones que no dejan de ser útiles y necesarios para resolver. A todo ello se añade que nada se objetó en este sentido en el escrito último de conclusiones formulado por dicha parte a 16-VI-2011, inmediato a la sentencia. Por otra parte el resto de alegaciones vertidas en este apartado vienen a ser reiteración de los anteriores argumentos impugnatorios dados en relación al objeto de litis y decisiones tomadas en la instancia con las que se discrepa.

TERCERO.- Establecido lo anterior hemos de entrar a reseñar las cuestiones relativas a la hija mayor Dolores comenzando por la aseveración de indefensión para la misma por su falta de intervención con petición por ello de nulidad. No cabe acoger el argumento toda vez que se aleja de la realidad y legitimación procesal concurrentes. Efectivamente hemos de incidir en que estamos ante una cuestión de legitimación procesal

y adecuada configuración de las partes en el proceso con las consiguientes posibilidades de defensa en atención a la situación y antecedentes procesales concurrentes. De este modo, siguiendo la STS de 24-IV-00 en la que se otorga legitimación activa al cónyuge con quien convivan los hijos mayores de edad mas allá del derecho individual a reclamarlos, en base o en razón de esa situación de convivencia, ha de entenderse en igual sentido, como explica la S AP Pontevedra Secc. 1ª de 19-IV-06, que la legitimación en procesos matrimoniales donde se pide la modificación o ejecución de lo antes decidido, no puede ser otra que la derivada y concurrente en el proceso precedente del que se entiende tributario en la medida en que se persigue la modificación o ejecución de lo antes establecido en Sentencia afectando a sus pronunciamientos. Es mas, viene a considerar una especie de "perpetuatio legitimationis" en cuanto a la legitimación "ad causam" frente a los pronunciamientos que se ven afectados, cara a su alteración o ejecución, rechazándose que puede tratarse de supuestos de falta de legitimación pasiva o litisconsorcio. Se ha de estar así a la legitimación única, para lo que no es obstáculo el que se haya cumplido la mayoría de edad por el hijo afectado, pudiéndose discutir las pretensiones consiguientes en lo que al mismo se refiera. De este modo ha de entenderse apropiada y correcta tal relación jurídico-procesal en lo que a petición de extinción de los alimentos reconocidos a Dolores se refiere. Es mas, nada impidió a la misma y a su propia instancia el introducirse como parte en el proceso que nos ocupa, de hecho la madre y su representación vienen alegando una convivencia en el núcleo **familiar** que aún cuando no se acaba confirmando se denota en los informes y en las manifestaciones que la ha habido esporádicamente y que se mantiene el contacto, y debe destacarse que citada aquélla a través de su madre demandada, Doña Rebeca en el final de la segunda vista celebrada, ésta y su letrado refieren que no ha querido venir a la misma.

CUARTO.- Siendo ello así, no tratándose de una situación litisconsorcial, ni de un supuesto legal de intervención procesal del Art. 14 LEC /00, no habiéndose solicitado intervención por aquélla (Dolores) por el cauce del Art. 13 LEC /00 y teniéndose en cuenta la doctrina expuesta, que corroboran otras resoluciones judiciales (SS AA PP de Zaragoza 1-VII-02 ; Asturias S 6ª 16-X- 06 ; Granada Secc. 5ª 29-IX-06 ; Pontevedra Secc 3ª 7-VI-08 ;...), no cabe concluir razón de indefensión ni nulidad alguna como pretende la parte recurrente. Pero dicho lo anterior lo que ya no se comparte es la decisión de extinción de la pensión alimenticia reconocida a Dolores porque aún no integrando el núcleo **familiar** actual de su madre, Sra. Rebeca , al convivir con una pareja, no consta que los haya dejado de necesitar. De hecho el padre lo que viene a reconocer en la vista es la mala situación de su hija a quien dice seguirle pasando la pensión directamente a una cuenta suya propia, no constatándose un ingreso efectivo de aquélla en el mercado laboral, ante la limitación y precariedad de los contratos que refleja su vida laboral, sin acreditarse otra realidad de trabajo en la economía sumergida que justifique el cese de alimentos. De éste modo, la remisión que la Juzgadora hace al procedimiento de Alimentos ha de entenderse únicamente cara a decisiones sobre los mismos a instancia de la hija mayor en la medida en que Dolores ha abandonado la convivencia con la madre, lo que indudablemente viene a privar a ésta de legitimación activa. En esta línea es llano que carece en autos la madre de legitimación activa para reclamar alimentos en nombre de su hija, en este caso la elevación de su cuantía, pues, como bien se le espeta de contrario, siendo el derecho de alimentos del mayor de edad de carácter dispositivo y sujeto al principio de rogación carece la madre de legitimación y aunque en principio posea legitimación pasiva frente a la petición de extinción o su modificación a la baja, no tiene legitimación activa para reclamar en interés de aquélla dada su mayoría de edad y vida diferenciada. Así las cosas se rechaza la petición de Nulidad de lo actuado y decidido, en relación a los alimentos reconocidos a Dolores , y se deja sin efecto, la decisión de extinción de los que venían establecidos remitiéndose a ésta y a los padres al procedimiento declarativo de alimentos correspondiente del Art. 250.1.8º LEC /00.

QUINTO.- Revisadas y decididas las anteriores cuestiones se ha de entrar ahora estudiar los contenidos impugnatorios atinentes al menor Ruben. La cuestión principal objeto de impugnación es la atribución de la guarda al padre demandante- reconvenido. En este ámbito la Juzgadora de la instancia realiza un pormenorizado análisis de las circunstancias concurrentes en uno y otro progenitor, desvirtuando y enervando las descalificaciones que del mismo, por sus anteriores vivencias y actuaciones, esgrime la representación de la Sra. Rebeca . Hemos de estar a esos consistentes argumentos, razones y pruebas actuales que se revelan razonables y no se alcanzan a rebatir en el recurso por mas que se repitan, como antes a lo largo del procedimiento, las mismas alegaciones sobre procesos anteriores obviando los contenidos de la resolución. Dicho ello, hemos de partir entonces de la conclusión compartible alcanzada en la instancia, reflejada en los informes social (Servicios Sociales del Concello de O Grove a los f-288 y ss) y Psicosocial (Equipo del IMELGA f. 378 y ss), de aptitud de ambos padres para ejercer la función directa de guardadores y educadores de su hijo menor Rubén y, a partir de ahí, analizar las razones de la Juzgadora para acordar el cambio de custodia decidido en sentencia.

SEXTO.- Atiende la Juzgadora para tomar tal decisión a la voluntad del menor y a los continuados traslados de residencia de la madre considerando que el beneficio del menor "favor filii" indica la conveniencia de ese cambio del progenitor custodio para dar una mayor estabilidad a la vida del niño atendiendo a las fechas de la decisión (finalización del curso escolar) y al reintegro a su entorno **familiar** anterior conocido con cobertura de la familia paterna. Las razones resultan lógicas pero se han de considerar insuficientes en algún aspecto entendiéndose apreciaciones no bastantes para tomar tal acuerdo. Y ello es así toda vez que parte de la voluntad manifestada del menor de vivir con su padre otorgándole una consistencia que no puede compartirse toda vez que su edad (9 Años recién cumplidos al momento de su exploración) no apunta en tal sentido. Hemos de advertir que se encuentra por debajo del umbral de audiencia (12 Años A.92 CC) y, como explica la psicóloga informante en la última vista, no puede estarse a su decisión ante la percepción inadecuada que evidencia su perspectiva, llegando a considerar que su discurrir no es razonable, en idéntica línea que lo informado por los servicios sociales del Concello de O Grove, donde se recoge que tiende a "idealizar", en ambos casos en razón de las situaciones y roles que convergen por el tiempo limitado de visitas al padre. A su vez, no se pondera adecuadamente la previsión legal de atender a la convivencia de los hijos no separándolos (Art. 92 .3 CC). Así no solamente es aconsejable y principal su convivencia por la previsión legal sino que nos encontramos con la realidad de un especial e importante vínculo con su media hermana por parte de madre, Sabela, como recoge el Informe Psico-Social. Por último, se tienen en consideración los constantes cambios de domicilio de la madre y la procura de mayor estabilidad para el menor, razones éstas que no se constaban en el Informe Psicosocial del IMELGA ni en las explicaciones de la Psicóloga en la Vista, pues no se aprecian repercusiones negativas en Ruben aún reseñándose problemáticas anteriores, siendo de destacar que el último traslado a Bayona, según escribe el mismo Rubén e su exploración, no ha tenido esa problemática. Ante tales premisas teniéndose en cuenta la adecuación de ambos cónyuges y lo informado por los técnicos, quienes no aprecian motivos que justifiquen un cambio actual de custodia, hemos de concluir la continuidad de Ruben con su madre, dejando sin efecto la acordada atribución y cambio de la guarda y custodia de la madre al padre.

SEPTIMO.- Decidido lo anterior y adentrándonos en el resto de cuestiones vertidas en este ámbito en el recurso, atribución de la vivienda **familiar** y ajuar doméstico y elevación de la cuantía de alimentos, hemos de rechazar ambos pedimentos toda vez que resulta palmaria la improcedencia del primero por ausencia de lógica y necesidad actual acreditada dada la residencia y trabajos de la Sra. Rebeca , en su momento en O Grove y ahora en Bayona. Recuérdese que afirmó llevar a cabo su traslado una vez que concretara un trabajo allí yéndose finalmente a vivir a dicha población con su nueva pareja. Por otra parte, en relación a la elevación de los alimentos reconocidos a Ruben, no cabe atender tal pretensión toda vez que ninguna prueba se hace sobre su mayor necesidad, constando una menor capacidad económica del padre y el cambio de domicilio de la madre explicado y sostenido en razón de la obtención de trabajo. No es argumento válido la afirmación de no actualización de la pensión en su momento reconocida porque, de ser así, nada impide a la madre el activar tal revisión actualizadora en el procedimiento de ejecución correspondiente. Como colofón solamente desestimar la pretensión reiterada de vinculación del derecho de Visitas del padre a sesiones de psicoterapia toda vez que nada indica su necesidad, no se constata ninguna problemática que lo aconseje, estándose a lo recogido en la Sentencia en este sentido y a lo explicado en la Vista por la Psicóloga informante. Únicamente se hace preciso indicar la conveniencia de que ambos progenitores y el menor acudan al Programa de Ruptura de Parella de la Universidad de Santiago ante las disparidades educativas y dinámicas conflictivas que evidencian en claro interés del menor, según se informa por el Equipo Psico-social del IMELGA, lo que podrá ser acordado en el futuro de no reordenarse la situación en este aspecto, previa petición de los padres o del Ministerio Fiscal (A. 158 CC). Tampoco cabe acordar las entregas y recogidas a través del Punto de Encuentro **Familiar** pues nada lo aconseja y únicamente transmitiría una situación de mayor conflicto entre padres que se hace preciso evitar.

OCTAVO.- Estimándose en parte la apelación deducida y visa la materia **familiar** que nos ocupa no se procede hacer expresa imposición de las costas causadas en esta alzada ni en la instancia acordándose con ello la devolución a la recurrente del depósito constituido para recurrir (Arts. 394 y 398 LEC /00 y Disposición Adicional 15ª LOPJ).

Vistos los artículos citados y demás normas de general y pertinente aplicación, por la autoridad que nos confiere la Constitución Española y en nombre de SM. el Rey,

FALLO:

Acogiendo parcialmente el Recurso de Apelación formulado por la representación de Dª Rebeca contra la Sentencia de fecha 29-VI-2011 dada en el Expediente de Modificación de Medidas Nº 443/10 seguido ante el J. de 1ª Instancia Nº 5 de Pontevedra (ROLLO Nº 20/12) debemos revocar y revocamos la misma en el



sentido de dejar sin efecto todo lo acordado en la instancia (atribución de la custodia del menor Rubén a D. Prudencio y consiguientes decisiones sobre derecho de Visitas de la madre Sra. Rebeca y obligación de Alimentos, así como la extinción de la pensión alimenticia a cargo del padre Sr. Prudencio a favor de la hija mayor Dolores) estándose a lo decidido en los anteriores procedimientos (Divorcio Contencioso Nº 1189/06 seguido ante el J. de 1ª Instancia Nº 1 de Pontevedra y Rollo Apelación Nº 575/08 de la Sección 3ª de la Ilma Audiencia Provincial de Pontevedra con Sentencias de fechas 4 de Agosto de 2008 y 26 de Febrero de 2009 respectivamente)rechazando el recurso en lo demás, todo ello sin hacerse expresa imposición de las costas causadas en esta alzada, ni de las de la instancia y acordándose la devolución a la parte de la suma depositada para recurrir.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber el/los recurso/s que cabe/n contra la misma y una vez firme, expídase su testimonio que será remitida con los autos originales al Juzgado de procedencia, a los efectos oportunos.

Notifíquese asimismo esta resolución al/los apelado/s rebelde/s, según dispone el artículo 497 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Así, por ésta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ